

A normatividade dos princípios e sua evolução nos sistemas do *common law* e romano-germânico

*A verdade, a justiça, a bondade de
uma estrutura simbólica – a lei fundamental,
a constituição – só existem na medida em
que os cidadãos, na qualidade de sujeitos
falantes pertencentes a espaço comunicativos,
lha atribuem em termos intersubjetivos*
(J.J. Canotilho)

O tratamento juspublicístico que passou a ser dado aos princípios jurídicos na teoria contemporânea do direito deriva de um longo percurso histórico, através do qual a importância dos mesmos para os diversos sistemas deixou de ser mero instrumento supletivo das lacunas da lei, no direito privado, para alcançar a posição de hegemonia nas pirâmides normativas.

Nos sistemas romano-germânicos, de matriz legislativa, isto é, fundados em enunciados jurídicos lógico-dedutivos que são inseridos em textos elaborados pelos poderes legislativos - de uma forma geral codificados -, a supremacia dos princípios tornou-se indiscutível com a sua inserção nas constituições. Esta inserção correspondeu não somente a um aspecto formal, mas, sim, ao reconhecimento inequívoco de sua dimensão valorativa.

Nos sistemas do *common law*, o papel secundário da lei e a própria simplicidade dos textos constitucionais editados que lhe são característicos não impediram que os princípios jurídicos viessem a lograr elevada estatura na interpretação e aplicação do direito e nas formas sociopolíticas de organização do Estado. Isso porque, nos sistemas de direito eminentemente judiciário (*common law*), o erguimento dos princípios a uma posição prestigiada sita no cume da teoria do direito se deu de forma bastante diferenciada, fruto de um processo

simbiótico, onde, mais do que a participação dos poderes legislativos, concorreram, precipuamente, o poder judiciário, por meio da atividade jurisdicional e, em menor grau, a doutrina. Com efeito, constitui, pois, a função reconhecidamente criadora do direito atribuída aos arestos a principal diferença entre os sistemas do *common law* e o sistema do direito romano-germânico.

Em seguida, é interessante investigar o processo pelo qual se deu a elevação dos princípios ao ápice dos sistemas normativos, de forma comparativa entre o *common-law*¹ e o sistema romano-germânico, tanto pelos aspectos históricos peculiares a cada um, quanto pelos desenvolvimentos metodológicos neles ocorridos.

Mais importante ainda, contudo, é verificar que a normatividade dos princípios em ambos os sistemas extrai sua força legitimatória de um mesmo fundamento político: a vontade popular, isto é, o fato de que os destinatários das normas-princípios são seus próprios autores. Com efeito, há grande afinidade entre os sistemas do *common law* de criação normativa e o sistema de produção das leis pelas assembleias legiferantes. Esta afinidade é perspicazmente observada por WALDRON, que, em síntese, afirma:

“Acabam por se revelar afinidades surpreendentes na ciência jurídica histórica – em particular, a ciência jurídica medieval – entre a idéia de legislação por assembleia e a idéia do direito costumeiro. O denominador comum é *o povo*. Em cada instância – costume e assembleia legislativa – pode-se dizer, ‘o povo está governando a si próprio’”².

Com efeito, o direito, muito antes de haver sido concebido como resultante do poder ou vontade vinculada à soberania, já fora entendido como sendo o direito de um povo e de um lugar, o *lex terrae* ou *the law of the land*. O direito era a própria expressão normativa de um *ethos* compartilhado, de um sentimento geral

¹ René David registra que uso do termo *anglo-saxônico*, para designar o direito inglês ou o norte-americano, é pelos juristas desta origem considerado um absurdo, uma vez que se refere a um período pouco conhecido do direito inglês, prévio à invasão pelos normandos. A respeito da evolução histórica do direito inglês, consulte-se sua obra *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*

² Op. cit., p. 55. Trad. livre. No original: “It turns out that there are surprising affinities in historical jurisprudence – in particular, medieval jurisprudence – between the idea of legislation by an assembly and the idea of customary law. The common denominator is the people. In each instance – custom and legislative assembly – one can say, ‘The people are governing themselves’”. Utilizou-se, aqui, a tradução do termo *jurisprudence* por *ciência jurídica*, por mais bem expressar o sentido que lhe empresta a tradição anglo-saxônica.

das regras de conduta apropriadas, que o trabalho jurisprudencial no *common law* só veio a declarar e reconhecer. É evidente, desta forma, o estreito vínculo existente entre a vontade popular e o direito costumeiro. E esta construção normativa sedimentada pelos costumes e tradições regionais, pulverizada pela Europa durante a Idade Média, sobretudo antes do processo centrípeto de unificação dos Estados Nacionais, a par das imposições dos senhores absolutos – *quod principi placuit, vigorem legis habet*, isto é, “o que agrada ao rei, é o direito em vigor” –, em nada difere do sistema de revelação da vontade do povo na *agora* de Atenas, cuja natureza, por sua vez, guarda inequívocas relações de similitude com a concepção republicana resgatada pelos movimentos revolucionários iluministas, os quais trouxeram, como paradigma fundamental, a idéia da *constituição* de um sistema político fruto da vontade popular e por essa mesmo limitada, expressada, em última análise, nas manifestações das assembléias legislativas³.

3.1

A força normativa dos princípios

3.1.1

Evolução histórica

A juridicidade dos princípios, registra a doutrina⁴, conheceu três momentos históricos, não necessariamente excludentes: o jusnaturalismo, o positivismo e o pós –positivismo.

Na fase jusnaturalista, a busca por postulados de justiça com aspirações universais invade a dogmática jurídica. Mas, a ausência de uma fundamentação epistemológica mais rigorosa e, como seu corolário, o acentuado grau de

³ WALDRON, citando Walter ULTMANN, chega a invocar uma conexão etimológica entre *legis-datio* e *legis-latio*, a primeira no sentido de “dar” a lei, isto é, de cima para baixo; a segunda, no sentido de *trazer, carregar* a lei, sentido este aplicável, portanto, tanto para o *common law* quanto para o sistema legislativo romano-germânico. Op. cit., p. 57

⁴ Para uma abordagem mais completa sobre o tema da normatividade dos princípios, veja-se BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, p. 228 et seq.

abstração dos princípios propostos fizeram com que as proposições sobrevividas do positivismo lançassem ao descrédito sua pretensão valorativa de cunho ético.

Durante o longo período em que o positivismo reinou no pensamento jusfilosófico, os princípios jurídicos passaram a ser tidos por proposições hauríveis dos textos legais vigentes, por via de abstrações sucessivas, realizáveis a partir das regras particulares naqueles textos contidas. A noção de coerência e completude dos sistemas jurídicos, que impregnou o juspositivismo, sustentava a tese de que os princípios não seriam estranhos ao ordenamento, mas passíveis de extração do próprio Direito positivo. E sua existência, acima de tudo, era devida a uma obra deliberada do legislador ou, no caso do *common law*, das decisões proferidas pelos juízes, sob consentimento do soberano, sedimentando seu reconhecimento.

Na fase do pós-positivismo, os princípios atingem o cume da hierarquia axiológico-normativa na estrutura dos ordenamentos jurídicos. Nos países de tradição romano-germânica, esse processo se deu através de sua inserção nos textos constitucionais, especialmente nos produzidos no século passado. Já nos países do *common law*, a aquisição da força normativa dos princípios ocorreu preponderantemente pelo trabalho da jurisprudência dos órgãos jurisdicionais superiores, havendo desempenhado papel de vanguarda, no plano internacional, a Corte Internacional de Justiça⁵ e, a partir da segunda metade do século, na ordem estatal, as cortes constitucionais norte-americana e alemã.

3.1.2

Prevalência e supremacia dos princípios no pós-positivismo

O empreendimento doutrinário promovido no campo da Jusfilosofia e da Teoria Geral do Direito tem formado, assim, a base para a superação do longo embate entre o Direito Positivo e o Direito Natural. Esta empreitada começa a ganhar vulto, sob a ótica da análise histórica da metodologia jurídica, com a

⁵ BONAVIDES, Paulo, op. cit. , p.237

passagem da Jurisprudência de Interesses para a Jurisprudência de Valores⁶. A percepção de que o trabalho do legislador revela um critério de valoração, segundo as aspirações das comunidades que representa, e de acordo com ideais superiores de justiça, assim como a verificação de que a jurisprudência, mediante a aplicação dessas valorações, as confirma, são as noções de partida da Jurisprudência de Valores.

Todavia, a Jurisprudência de Valores, nos seus primórdios, apresentou-se com fraquezas insuperáveis, dada a tibieza de seus assentamentos iniciais⁷. Na seara da aplicação do direito, ela não fornecia as bases para a solução direta de casos concretos em que nem da lei, nem das valorações do legislador, que o juiz necessariamente deve conhecer, seria possível chegar-se a uma “decisão justa”. O mesmo ocorria nas hipóteses em que o legislador ainda não tivera a oportunidade de se manifestar, por ser o fato novo para a sociedade, ainda carente de uma tendência expressa ou de uma valoração majoritária apreensível pelo legislativo. Também naqueles casos de normas antitéticas em um mesmo plano hierárquico, ou, ainda, quando as premissas sobre as quais se assentara a decisão legislativa houvessem deixado de existir⁸. Não havendo a possibilidade de referência concreta a valores superiores ou a cláusulas geralmente reconhecidas, o trabalho de valoração, inexoravelmente, tornar-se-ia uma revelação de uma preferência pessoal daquele responsável pela aplicação do direito ao caso concreto.

Essa questão perpassa, naturalmente, a discussão sobre os próprios limites epistemológicos impostos às ciências não-exatas, no que diz respeito à possibilidade de comprovação científica de enunciados referentes à justeza de valores.

⁶ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 163 et seq.

⁷ Veja-se, principalmente, as críticas de Habermas à associação que a Jurisprudência de Valores estabelece entre moralidade e os princípios fundamentais, esclarecendo o autor que os princípios têm sentido deontológico, voltado para o estabelecimento de expectativas de condutas, enquanto os valores, por sua natureza teleológica, devem ser compreendidos como preferências intersubjetivamente compartilhadas. Tal aspecto, segundo Habermas, adquire especial importância no campo da aplicação do direito (adjudicação) naquelas sociedades que rupturas históricas nos sistemas sociopolíticos de organização não permitem, por vezes, a determinação categórica dos valores e tradições compartilhados pela comunidade; antes, requerem sua (re)construção (HABERMAS, J., *Between Facts and Norms...*, p. 253-266).

⁸ LARENZ, Karl, op. cit., p. 167

A jurisprudência de valores, assim, desenvolveu-se em torno do reconhecimento da existência de critérios de valoração supraleais; não mais permanentes ou eternos, derivados apenas da razão divina (TOMÁS DE AQUINO, séc. XIII) ou da razão humana (Iluminismo, século XVIII), como proposto outrora pelo jusnaturalismo, mas passíveis de apreensão racional e ligados à concepção aristotélica de que o Direito está relacionado de alguma forma com a justiça. Tais critérios manifestam-se, pois, como *princípios* jurídicos gerais, que são juízos de valor fundamentais, proposições jurídicas de conteúdo axiológico consoante os valores éticos predominantes nas comunidades à quais eles se aplicam.

Ao longo deste século, a jurisprudência de valores, sinônimo, para alguns autores, como PAULO BONAVIDES, da jurisprudência dos princípios, passou por inúmeras variações de natureza metodológica, todas voltadas para a tentativa de se conquistar, de forma inabalável, a proclamação da normatividade dos princípios⁹.

Foi sobretudo a partir do grande esforço desenvolvido pelo trabalho de reflexão intelectual da comunidade jusfilosófica, promovida a partir dos anos setenta, liderada por RONALD DWORKIN, com a publicação de sua festejada obra, *Taking Rights Seriously*, que a normatividade dos princípios recebe o tratamento e a chancela que ensejam o seu reconhecimento em um plano superior.

Nos diversos artigos reunidos em sua notável obra, DWORKIN abraça uma concepção *realista* do direito, pelo que veio a ser conhecida como “ontologia objetivista”¹⁰. É objetivista porque o direito “existe” como uma realidade independente da criação humana que lhe deu vida, embora cumpra aos homens a complexa tarefa de interpretá-lo para aplicá-lo¹¹.

Inicialmente, no segundo texto da obra, *The Model of Rules I*, DWORKIN alega que a teoria do direito estava se equivocando ao pretender que regras secundárias de reconhecimento de validade pudessem determinar quais os padrões

⁹ A esse respeito, vejam-se as obras de PERELMAN, Chaim, *Lógica Jurídica: nova retórica* (sobretudo, o Cap. III da primeira parte); de LARENZ, Karl, op. cit. (cap. V); e de ENGISCH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 2001 (cap. VIII)

¹⁰ GOYARD-FABRE, Simone. *Os Fundamentos da Ordem Jurídica*, p. 204

(*standards*) aceitos como direito e quais não, sendo, portanto, mais complexa do que a visão positivista propõe, a distinção entre os padrões morais e legais. Isto porque, para além da letra crua e nua das regras inseridas nos textos legais, há outros tipos de padrões normativos aos quais se referenciam os juristas quando buscam soluções para casos concretos. E estes *standards* são precisamente os princípios, que têm normatividade própria, citando o autor, como exemplo, já no capítulo seguinte, o princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza¹². Ao contrário da concepção positivista, que pretende resumir o direito a um corpo de normas que são *atos institucionais*, demonstra DWORKIN que os princípios amplamente reconhecidos pela comunidade jurídica têm normatividade inequívoca, embora não estejam necessariamente instituídos em um texto legal.

Ao contrário das regras, que operam em uma base binária do tipo tudo ou nada (*all or nothing*), os princípios, por sua distinta natureza, funcionam como o direito por trás do direito (*law behind law*), em outro grau de aplicabilidade. As regras são criadas pelo legislador e referenciam-se a situações jurídicas que, uma vez verificadas, fazem incidir o resultado ou consequência jurídica previamente estabelecido pela norma. Já os princípios têm maior porosidade, se irradiam por todo o sistema normativo e não se dirigem a uma situação jurídica em particular. Sobreleva, assim, a importância desta construção teórica na solução dos chamados casos difíceis (*hard cases*). Nestas situações, o julgador, que busca soluções para o caso concreto, não encontrando respostas imediatas no texto legal, deve socorrer-se dos princípios, que delineiam a orientação geral da política jurídica vigente.

De todo modo, a elevação dos princípios a uma posição hegemônica dentro dos sistemas jurídicos logrou afastar as deficiências advindas do pensamento positivista, que imperou no fim do século XIX e no início do século XX, assim como viabilizou a superação das referências “supralegais” vacilantes, das quais dependia o pensamento jusnaturalista.

Nas palavras do Prof. BONAVIDES:

¹¹ Ibid., loc.cit.

¹² DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, p. 46

“Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da ciência jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo este desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.”¹³

3.2

Evolução no *Common Law*

3.2.1

Pressupostos históricos

A raiz da diferença entre os processos pelos quais a normatividade dos princípios se concretizou no *common-law* e no sistema romano-germânico situa-se na própria história da formação de cada um destes sistemas jurídicos.

E NORBERTO BOBBIO nos dá conta que a separação entre a formação do sistema do *common law* e dos demais sistemas europeus continentais, por sua vez, está diretamente ligada ao processo de formação dos Estados modernos, após a dissolução das sociedades medievais¹⁴, assim como na própria dicotomia entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico.

A principal característica das sociedades medievais era a pluralidade ou ausência de unidade jurídica, sendo que cada uma das formações sociais concretas dispunha de um corpo de normas que lhes era próprio.

Por outro lado, ao contrário do restante da Europa continental, como na França e na Alemanha, o sistema feudal da Inglaterra manifestou-se de forma extremamente pulverizada, no que respeita à repartição de terras e poder entre os

¹³ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 265

landlords. Guilherme, o conquistador, duque da Normandia, ao vencer a batalha de Hastings em 1066 e ao instalar-se na Inglaterra, não permitiu que nenhum “senhor feudal” formasse grandes latifúndios, limitando o poder dos “barões”, orientação essa mantida por seus sucessores.

No que se refere ao desenvolvimento da atividade jurisdicional, no período de Henrique II (1154-1189), em que praticamente inexistia qualquer direito escrito, o rei enviou juízes por todo o reinado, que de forma itinerante, julgavam as causas que lhes eram trazidas. Sua atribuição obrigava-os a aplicar decisões para os casos concretos baseadas em *rules of law*, arrimadas, de um lado, no direito consuetudinário que, conforme acima apontado, surge das relações sociais e, de outro, no senso individual de *equity*¹⁵ ou *fairness* dos juízes. E as regras criadas para os litígios, em concreto, pelos juízes, uma vez reconhecidas como justas e razoáveis, passavam a ser adotadas pelos juízes em outras jurisdições, nos casos similares¹⁶.

Paralelamente à atividade dos juízes itinerantes, havia sido instituída a jurisdição dos Tribunais Reais, presididos, inicialmente, pelo próprio monarca e que se limitavam à “alta justiça”; isto é, somente os litígios de maior importância e as apelações eram levados ao conhecimento do Rei. Os interessados podiam se dirigir aos Tribunais Reais por um procedimento que se iniciava com uma petição dirigida ao Rei, sempre com a seguinte epígrafe: “*to do what is right for the love of God and in the way of charity*”¹⁷.

Embora fosse de competência do próprio Rei o julgamento no Tribunal Real, com o crescimento do número de petições que lhes eram endereçadas, o chanceler passou a se encarregar desse tipo de jurisdição. Caso o julgasse

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico/Lições de Filosofia do Direito*, p.27 et seq.

¹⁵ Cumpre observar que o conceito de *equity* não corresponde inteiramente ao conceito de equidade dos sistemas romano-germânicos; aquele melhor se traduz pelas expressões sinônimas, *fairness* ou *good conscience*.

¹⁶ Aqui, é mister fazer uma distinção de grau entre o *case law* e o *common law*. Embora haja vários traços de semelhança apontados pela doutrina, como a observância à regra do precedente (*stare decisis*), a ampla discricção judicial no que atina à interpretação da lei, e o fato de ambos se constituírem em um *judge-made law*, o *common law* surge em um espaço onde inexistem normas jurídicas preestabelecidas, isto é, perante uma situação de completa ausência de qualquer direito positivado. Veja-se, a este respeito, CALVI, James / COLEMAN, Susan. *American Law and Legal System*.

¹⁷ Apud CALVI, James / COLEMAN, Susan, op. cit., p. 31

suficientemente fundamentado, expedia uma ordem (*writ*¹⁸) ao xerife ou *lord* local, determinando que esse exigisse do réu o cumprimento do pedido formulado ou o fizesse explicar, perante o Tribunal¹⁹, a razão pela qual entendia que não deveria fazê-lo.

O *common law* aplicado pelos juízes, com o passar do tempo, tornou-se demasiadamente técnico, gerando inúmeros casos de decisões injustas e insatisfação dos litigantes. Além disso, os juízes, embora nomeados pelo rei, haviam se tornado bastante independentes em sua atividade. Com a ação do Parlamento para fazer cessar a atividade jurisdicional do Rei e dos Tribunais Reais, os súditos clamavam diretamente ao Rei, para que, naquele caso específico, abrisse uma exceção. O Rei, então, delegava ao seu Chanceler o exame do caso. Este o analisava com base na equidade, originando os Tribunais de Chancelaria ou Tribunais de *Equity*.

Os chanceleres tinham formação em direito romano e direito canônico. A coexistência dessas duas fontes, associada ao interesse do rei em manter sob seu direto controle a atividade jurisdicional, fez com que, após os conflitos entre o Parlamento e aquele, no século XVII, se institucionalizassem duas formas distintas de jurisdição: a *equity* e a *common law*. A fusão formal dos dois tipos de jurisdição somente se deu no fim do século XIX, quando ocorreu, pelos *Judicature Acts*, uma profunda reforma na organização judiciária da Inglaterra, preservando-se, porém, as peculiaridades processuais de cada um deles.

A *Equity* foi de inestimável utilidade para a evolução do direito inglês. Tanto no campo do processo, quanto do direito material, a superioridade dos princípios trazidos do direito romano eram incontestes, em relação às fórmulas arcaicas que haviam congelado o *common law*. Vários foram os princípios gerais de direito incorporados ao direito inglês pela via da *equity*, atendendo ao clamor geral pela justiça e pelo atendimento aos interesses sociais em jogo.

¹⁸ A cada *writ* correspondia um procedimento judicial específico, de acordo com a natureza da ação proposta. Assim, o escopo dos *writs* era fundamentalmente processual, vindo a marcar a fase inicial do *common law* com esta característica (*remedies precede rights*), ou seja, mais importante do que o conteúdo material da atividade jurisdicional era a forma pela qual a ação era desenvolvida (*form of action*). Cf. DAVID, René, op. cit., p. 290.

¹⁹ No século XV, os Tribunais Reais passaram a ter sede em Westminster, sendo conhecido pelo nome da famosa cidade (Ibid., p. 286).

Os juízes e os Tribunais Reais foram, destarte, os grandes instrumentos de desenvolvimento do *common law*. Vários foram os efeitos desta peculiar evolução histórica do *common law*, merecendo destaque os seguintes pontos²⁰: em primeiro lugar, a atenção dos juristas fixou-se primordialmente nas questões processuais; em segundo lugar, estas circunstâncias obstruíram sobremodo a recepção do direito romano e, por último, praticamente inexistiu diferença entre o direito público e o direito privado.

3.2.2

O *Common Law* com o advento do Estado moderno

O afastamento da influência do direito romano e da ciência jurídica desenvolvida na Alta Idade Média fez com que o *common law* desenvolvesse conceitos e categorias próprios, bem distintos daqueles estudados e aprimorados nas universidades da Europa continental, sob forte influência do direito romano, precipuamente a partir dos trabalhos dos glosadores e dos pandectistas, assim como do direito canônico.

Com efeito, após o célebre debate entre o *common law* e o *statute law* na Inglaterra, acabou por sair vitorioso o primeiro, sobretudo pela oposição sólida oferecida ao absolutismo do poder real, o que explica o fato de as tendências autoritárias e absolutistas na Inglaterra terem sido fortemente limitadas e mitigadas em comparação ao desenvolvimento do absolutismo na Europa continental; outrossim, este fato também explica a razão de a teoria da separação de poderes ter sido na Inglaterra inicialmente desenvolvida e porque lá foi o berço do liberalismo político²¹.

Em consequência desses aspectos político-históricos (o confronto entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico se dá, na Inglaterra, pelo embate entre o

²⁰ Cf. DAVID, René, op. cit., p. 290

²¹ Cf. BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 33

common law e o direito estatutário²²), o positivismo não alcança, como fez na Europa continental, grandes proporções no plano do pensamento jurídico.

3.2.3

O reconhecimento pela jurisprudência

No decorrer da história de aplicação do *common law*, inúmeras e variadas decisões proferidas pelos juízes dos Tribunais Reais, já a partir de 1290, começam a ser compiladas e o estudo do direito, ao contrário do que viria a ocorrer no continente, é voltado para os precedentes judiciais, sobretudo no campo da analogia e da interpretação extensiva, como lembra GILLISEN²³.

O estudo dos precedentes judiciais é, destarte, realizado à luz do seu cotejamento com os valores presentes em determinado momento histórico da sociedade, e, da mesma sorte, da formação de princípios gerais imanentes a determinados grupos ou conjuntos de decisões, que, por sua vez, também traduzem os juízos de valoração vigentes.

As decisões proferidas pelos juízes, no momento inicial que caracteriza genuinamente o *common law*, na completa ausência de normas positivas, tem por supedâneo valores abstratos, porém reconhecidos, de justiça, equidade, razoabilidade etc., os quais constituem, senão, os princípios jurídicos que, mais adiante, são elevados ao patamar máximo de referência legal para o exercício da nobre função de aplicação do direito. Mesmo o “poder absoluto” *dei gratia* dos soberanos medievais não eram tão ilimitados em sentido como se costuma inferir.

²² Em relação ao direito romano-germânico, a autoridade da lei, no *common law*, sempre foi objeto de controvérsia, chegando mesmo a ser considerada fonte tão-somente supletiva do direito, conquanto não contrária ao *common law*; controvérsia esta que rendeu rico debate no plano doutrinal e cujo fulcro situa-se no embate entre as concepções liberal e absolutista de Estado, entre a concepção do direito como fruto da razão e o direito como ato de vontade, ou, ainda, na conhecida antítese: o direito que vale *imperium ratione* e o que vale *ratione imperi*. De qualquer modo, no decorrer dos anos, muitas das tendências acolhidas pelos juízes e cortes foram acolhidas e codificadas, ou postas de lado, pelas leis. Cita-se, como exemplo, a norma do *caveat emptor* (que o comprador seja avisado quanto ao produto da compra), pela qual o comprador de determinada mercadoria deveria ser responsável por examiná-la antes de realizar a compra, de forma a eximir o fornecedor de responsabilidade por vício do produto. Hoje, nos EUA, a quase totalidade dos Estados federados aboliu a referida norma do *common-law*, adotando leis de proteção ao consumidor contra práticas abusivas de comércio.

²³ GILLISEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, 2001, p. 212

As diversas injunções sociopolíticas e a rede de relações de poder com os nobres e as comunidades ofereciam limites ao poder real, cujo arranjo deveria necessariamente observar a *law of the land*, sob pena de erodir-se. A prova cabal disto é a própria parturição da *Magna Charta Libertatum*, em 1215, onde a sustentação do poder do Rei João Sem-Terra se dá pelo equacionamento dos seus interesses perante os interesses dos barões²⁴, precipuamente no atinente ao processo legal, que dependia de consulta prévia e entendimento com estes, e cujo conceito fulcral pairante era o respeito à *lex terrae*:

“39. Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei da terra”²⁵

E quando, na Inglaterra, a Câmara dos Comuns – *House of Commons* –, representando a burguesia no Parlamento, passa a ser órgão integrante da estrutura de governo, isto não significou uma tomada do poder real pelo povo, mas, antes, o reconhecimento do importante papel de participação deste, como detentor do poder político último, no processo de formação das leis.

Paralelamente, o desenvolvimento da *equity* baseou-se, como visto, no estudo de princípios de direito material provenientes do *ius commune* romano e do

²⁴ Apesar da enorme importância que os eventos que circundaram a promulgação da *Magna Charta* têm para uma compreensão abrangente de sua dimensão política, os textos jurídicos furtam-se a narrá-los. O processo de centralização do poder real da França levado a cabo por Filipe Augusto, filho de Luís VII esbarrou nos domínios da dinastia inglesa Plantageneta. Filipe Augusto resolveu enfrentar os reis ingleses, aproveitando-se, sobretudo da pouca unidade dos domínios reais ingleses e dos conflitos familiares que afligiam a dinastia. Primeiramente, apoiou os filhos de Henrique II, Ricardo Coração de Leão e João Sem-Terra, contra seu pai. Em um segundo momento, atraiu Ricardo para a Terceira Cruzada, traindo o mesmo no caminho e regressando para atacar a Normandia, então sob o domínio inglês. Ricardo Coração de Leão, em passagem histórica, retornou da Cruzada e venceu Filipe Augusto, mas foi assassinado em seguida, por um vassalo rebelde. Com a morte de Ricardo, Filipe Augusto entra em confronto com João Sem-Terra, que se recusara a se submeter ao poder daquele. João, derrotado, ainda tentou uma coalizão com o Condado de Flandres e o Imperador alemão Oto, tendo sido, ao fim, derrotado, assim como seus aliados, na famosa batalha de Bouvines, em 1214. A derrota causou grande reação contra o Rei João Sem-Terra que, em 1215, acabou aceitando a imposição da Magna Carta para limitar seu poder em face dos barões ingleses (Cf. ARRUDA, José Jobson de A., *História Antiga e Medieval*, p. 454-455).

²⁵ Versão original, em latim, do trecho final: “*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*”.

direito canônico, princípios estes que formam a base do pensamento jusnaturalista²⁶.

E ainda que, mesmo na Inglaterra, a obrigatoriedade de o juiz decidir segundo precedentes judiciais, consubstanciada pelo princípio do *stare decisis*, somente tenha sido legalmente imposta em 1875²⁷, com a promulgação dos *Judicature Acts*, o *common law*²⁸ desenvolve-se como um direito eminentemente jurisprudencial. A Jurisprudência, torna-se, destarte, pelo seu caráter revelador de princípios - que, conquanto não positivados no sistema jurídico, têm validade plena-, a via pela qual sua normatividade vem a ser afirmada no sistema do *common law*.

Nos E.U.A., ocorre um processo misto de assimilação dos princípios no seu sistema jurídico. O processo de libertação do domínio colonial inglês acompanhou de perto os passos da Revolução Francesa e, por consequência, de seus postulados. Assim, a independência das colônias americanas e a publicação de sua Constituição tiveram grande inspiração de matriz jusnaturalista. Porém, neste período, já se esboça a teorização do positivismo jurídico e da plenitude legiferante do Congresso. Como consequência, ocorre a inscrição dos princípios de direito natural nas Cartas Fundamentais, como nova tendência metodológica e como requisito dos postulados burgueses revolucionários, tal qual observado com os princípios e as regras contidos na sua Constituição, no *Bill of Rights* e na Declaração de Independência norte-americana²⁹.

Por isso, a partir da Independência, conquanto mantendo características ínsitas ao *judge-made law*, o componente estatutário do direito norte-americano passou a desfrutar do mesmo prestígio que nos demais países, limitados os poderes do Congresso aos mandamentos principiológicos afirmados nos documentos supra-referidos.

²⁶ CALVI, James; COLEMAN, Susan, op. cit., p. 31

²⁷ GILLISEN, John, op. cit., p. 212

²⁸ Definido por J.F. MAITLAND como “*that part of the law that is enacted, non-statutory, that is common to the whole land and to all Englishmen*”; apud CALVI, James / COLEMAN, Susan, op. cit., p. 35

²⁹ McGEEHAN, John; GALL, Morris, *U.S. History and Government*, 1995

Assim, observa-se, nos E.U.A., um processo de afirmação da força normativa dos princípios de forma dual: por um lado, segue o *common-law* na Inglaterra, e, por outro, adota formas peculiares à evolução metodológica dos países de matriz romano-germânica. Em particular, grande importância teve o trabalho de interpretação jurisprudencial dos princípios constitucionais; especialmente, aquele realizado pela Suprema Corte.

3.3

Evolução no sistema romano-germânico

3.3.1

Antecedentes históricos

Inicialmente, cumpre esclarecer que, por direito romano-germânico, quer-se referir ao direito da maior parte dos países da Europa ocidental continental. Embora usualmente considerado como sinônimo de direito estatutário, ou codificado, não se os pode empregar, de modo algum, como termos equivalentes. A acepção aqui utilizada refere-se às características genéricas de uma grande família do direito europeu, fortemente caracterizada pela influência do direito romano, retomado a partir do fim da Idade Média, por meio do estudo desenvolvido nas universidades dos países latinos e germânicos. Os anglo-saxões referem-se a este grande sistema jurídico como *civil law*, por oposição ao *common law*.

Como já analisado no capítulo anterior, a Revolução Francesa constituiu um marco na história dos sistemas jurídicos da Europa continental. Os ideais fomentadores da Revolução apoiavam-se, em seus aspectos jurídicos, nos postulados jusnaturalistas do estado da natureza, do contrato social, dos direitos naturais inalienáveis, imanentes à própria existência humana. Tais ideais, em um primeiro momento do pensamento jusnaturalista, nascem como princípios ligados a valores éticos e ao conceito de justiça, resgatando, em grande parte, o pensamento aristotélico da Antiguidade.

Contudo, a fase jusnaturalista de afirmação dos princípios caracteriza-se por grande abstração e incerteza no que diz respeito à identificação do seu conteúdo e coercitividade de aplicação. Além disso, o pluralismo e a diversidade de legislações entre os povos, em diversas regiões e épocas, levaram à negação da pretensão universal dos princípios jusnaturalistas, sofrendo estes pesadas investidas contrárias, que tomaram vulto, sobretudo a partir do Iluminismo e que, com o advento da Escola Histórica e do positivismo jurídico, tornaram o Direito Natural um símbolo de obsolescência. Em especial, o alegado conflito com a segurança jurídica, por sua impossibilidade de determinação concreta ou ausência de força normativa, sustentava a inadequabilidade do reconhecimento de princípios supraleais ou extraleais.

Mas, concomitantemente, ainda no século XVII, os princípios de Direito Natural passam por um processo de racionalização, com as obras de HUGO GRÓCIO e SAMUEL PUFENDORF, culminando, no século XVIII, com a inscrição dos princípios jusnaturalistas na Constituição norte-americana e nas Constituições da Revolução Francesa³⁰.

Nada obstante, a mera afirmação de certos princípios seguiu carecedora de uma interpretação judicial que lhes conferisse a autoridade pretendida, o que somente iria ocorrer com a passagem da Jurisprudência dos Interesses para a Jurisprudência dos Valores, conforme já anteriormente mencionado.

No sistema romano-germânico, mais fechado e rígido que se tornou durante seu processo de formação fortemente influenciado pelo positivismo jurídico, a normatividade dos princípios passou a exigir sua explicitação nos textos legislativos informadores de regras específicas, afastando-se o acolhimento de qualquer espécie de norma jurídica que não as explicitamente contidas naqueles, uma vez que pelas características de interpretação e aplicação do direito sob os auspícios do juspositivismo, impedia-se o reconhecimento efetivo de mandamentos demasiadamente genéricos ou abstratos.

³⁰ Este processo de racionalização encontra em IMMANUEL KANT sua grande expressão, afirmando este, no bojo de suas inúmeras obras, na passagem do realismo objetivo para o idealismo da razão subjetiva, que o dever ético de realizar o bem, o *imperativo categórico*, deriva não da ordem natural das coisas, mas da razão humana. De grande valia para um estudo mais

3.3.2

O reconhecimento pela supremacia da constituição

No início do processo de codificação, que floresceu nos países da tradição romano-germânica após a Revolução Francesa e a promulgação dos códigos napoleônicos, os princípios de direito mantiveram-se vivos com sua inscrição nos textos dos diplomas legais. Contudo, nesta fase, exerceram o papel de meras fontes supletivas de direito, como se vê, *exempli gratia*, no nosso Código Civil Brasileiro.

Porém, no século XX, em decorrência dos horrores historicamente registrados que o excessivo legalismo positivista ajudou a promover, o movimento pós-positivista passou a clamar pelo acolhimento de valores extra ou supralegais com eficácia normativa, tendo sido despendido grande esforço pelo pensamento jurídico da segunda metade do século XX para fornecer o arcabouço racional-discursivo que se exige de uma proposta metodológica, no seio do qual, então, se desenvolvem a Tópica e a Teoria da Argumentação.

Ao se ingressar na fase juspublicística que caracterizou o tratamento dos princípios no século XX e acompanhando as evoluções metodológicas às quais já se fez referência na introdução deste trabalho, sua importância é elevada ao ápice do sistema normativo, por meio de sua inserção no corpo das constituições contemporâneas, passando do *status* de princípios gerais de direito ao de princípios constitucionais, fundadores da ordem jurídica, ou, ainda, nas palavras de PAULO BONAVIDES, convertendo-se em *norma normarum* ou norma das normas³¹.

Assim, a revelação dos princípios e o seu processo de aquisição de força normativa máxima na ordem jurídica dos sistemas romano-germânicos ocorre a partir do seu assentamento nos diplomas constitucionais, trazendo, a reboque de toda a dimensão valorativa dos anseios políticos e sociais basilares da comunidade que traduzem, a imposição obrigatória de sua observância nas manifestações dos

aprofundado sobre a problemática axiológica do direito e a evolução do direito natural, consulte-se MARTINEZ, Soares, *Filosofia do Direito*.

³¹ Op. cit., p. 261

órgãos estatais, em qualquer de suas funções, administrativa, legislativa ou jurisdicional.

3.4

Síntese comparativa

Conforme assinalado, a afirmação da normatividade dos princípios nos ordenamentos jurídicos corresponde ao resultado de uma longa caminhada histórica, rumo à plenitude da teoria democrática, na permanente tentativa de elevação dos valores fundamentais imanentes às sociedades ao patamar máximo de referência para a aplicação e para a hermenêutica do direito, a partir, em especial, do processo de reaproximação da filosofia do direito à filosofia política, liderado por DWORKIN e fomentado, outrossim, pelo trabalho de RAWLS, no campo da filosofia voltada para a construção teórica e consolidação prática da democracia constitucional.

Como visto, no sistema romano-germânico, este processo ocorreu, em um estágio inicial, por meio do reconhecimento e afirmação dos princípios no nível infraconstitucional, inseridos que foram no bojo das codificações legais que se multiplicaram na Europa continental sob a égide do positivismo jurídico. Em uma fase posterior, acompanhando as novas perspectivas lançadas no campo da metodologia jurídica, que procuravam superar as impropriedades das concepções essencialmente formais do Direito, os princípios recebem a chancela pretendida de reconhecimento e supremacia por meio de sua inserção nas constituições, agora já sob os auspícios do pós-positivismo, adquirindo uma dimensão valorativa sólida e firme.

Já nos sistemas do *common law*, o processo de reconhecimento dos princípios se inicia, de certa forma, com a própria gênese do exercício da jurisdição: os juízes itinerantes da Inglaterra aplicavam o direito com base nas normas costumeiras vigentes, ao mesmo tempo em que lançavam mão da referência a princípios abstratos de valor, como a razoabilidade, a *fairness* e a *good conscience*. Além disso, mais tarde, com o exercício da jurisdição pelos Tribunais de *Equity*, os princípios advindos da escola do direito natural e da

escola do direito canônico são amplamente utilizados e reconhecidos no seio da comunidade jurídica, e sua validade torna-se inquestionável perante os destinatários da atividade jurisdicional.

Destarte, observa-se que, enquanto nos sistemas romano-germânicos a abstração dos princípios impediu a sua inserção efetiva nos ordenamentos jurídicos ou a aceitação de sua força normativa e de sua função orientadora suprema de aplicação do direito, até o espraçamento do pensamento jurídico pós-positivista já no século XX, no sistema do *common law*, são eles precisamente que moldam a própria estrutura do direito, servindo como elementos referenciais constantes desde o nascimento do sistema, em virtude de características ínsitas ao seu processo de formação histórica.

Não obstante, deve-se anotar, por indispensável, que tanto na montagem desenhada para o sistema assemblear de representação da vontade do povo, típica da passagem do sistema romano-germânico pelo Iluminismo, quanto na arte de revelação dos costumes e tradições – vale dizer, dos sentimentos populares – exercido pela criação jurisprudencial do *common law*, estava subjacente um elemento comum, que era exatamente *o povo*. Talvez, por isso, o reconhecimento da força normativa dos princípios no sistema romano-germânico tenha ocorrido tardiamente muito mais por uma questão metodológica, atinente ao pensamento jurídico desenvolvido nos países desta tradição, do que pela natureza legitimatória do próprio sistema normativo, sustentado, em ambos os casos, pela vontade coletiva da comunidade.

A partir da segunda metade do século passado, a nítida aproximação entre os sistemas do *common law* e os sistemas de matriz romanística, com influências recíprocas, tem feito com que o trabalho de revelação dos valores sociopolíticos fundamentais e de reconhecimento de sua força normativa ocorra *pari pasu* e simetricamente nas duas grandes vertentes. Isso se dá por intermédio da intensa atividade jurisdicional das cortes constitucionais, nomeadamente a austríaca, a norte-americana e a alemã, que proclamam, de forma clara e firme, a normatividade dos princípios através de sua jurisprudência, atribuindo a estes a eficácia pretendida pela metodologia contemporânea, a valoração proposta pela teoria do direito, assim como o seu papel de elemento garantidor da democracia e

de elemento integrador dos sistemas jurídicos e da esfera pública política, no plano da filosofia jurídica³².

³² Registre-se a consulta, para a elucidação sobre diversos pontos analisados neste capítulo, ao valioso texto da Prof. Ana Lucia de Lyra Tavares, *Paralelismos na Construção do Direito Romano Clássico e do Direito Inglês*, publicado na Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro: 1º semestre de 1999.